

Despliegues dikelógicos del consentimiento informado

POR **GUILLERMINA ZABALZA**(*)

Sumario: I. Palabras introductorias.- II. Reflexiones sobre la axiosofía dikelógica.- III. Despliegues dikelógicos del consentimiento informado.- IV. Reflexiones finales.- V. Referencias.

Resumen: en el presente trabajo se pretende analizar el consentimiento informado desde la dimensión dikelógica, introduciéndonos en la complejidad que denota la noción de autonomía de la voluntad. Su análisis requiere profundizar sobre las perspectivas de merecimientos y méritos, ya que exteriorizan aristas diversas de la dinámica de la vulnerabilidad y la autonomía, de modo tal que al momento de proyectar los medios de protección del régimen se procure una proporcionalidad entre el paternalismo justificado y un humanismo abstencionista.

Palabras claves: autonomía - consentimiento - libertad

Dikelogical displays of informed consent

Abstract: *in the present work we intend to analyze informed consent from the dikelological dimension, introducing ourselves in the complexity that denotes the notion of autonomy of the will. Its analysis requires delving into the perspectives of merits and merits, since they externalize diverse edges of the dynamics of vulnerability and autonomy, in such a way that when projecting the means of protection of the regime, a proportionality is sought between justified paternalism and an abstentionist humanism.*

Keywords: *autonomy - consent - liberty*

I. Palabras introductorias

La dimensión dikelógica se integra con un complejo de valores que culmina en la justicia, pero a diferencia de la referencia objetiva, desarrollada por Werner Goldschmidt, tomamos la delineada por Miguel Ángel Ciuro Caldani (2020),

(*) Prof. de Derecho de Familias, Sucesiones y Bioderecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires.

que propone atender a la justicia en un sentido construido (p. 137). En el planteo goldschmidtiano, los valores son considerados objetivos o “naturales” —con excepción de los valores fabricados—, situándose en una posición muy destacada a la justicia, en virtud de lo cual la diferenciación de la dimensión dikelógica respecto de la realidad social y de las normas es muy intensa (Ciuro Caldani, 2000).

Sin embargo, proponemos con Ciuro Caldani (2000) considerar al ente ideal exigente “justicia” y a los otros valores como idealidades “construidas”, enfatizando que también apoyándose en lo construido la dimensión dikelógica tiene una idealidad diferenciada de la realidad social y de las normas (pp. 77-78). En tal sentido, señala Ciuro Caldani que

Aunque no se sostengan la objetividad ni la “naturalidad” es posible aprovechar las enseñanzas trialistas respecto de la dikelología sobre esta otra base, incluso estamos firmemente convencidos de que la gran mayoría de los aportes del método dikelógico sirven para cualquier tipo de pensamiento acerca de la justicia, sea cual fuere el contenido que se asigne a sus exigencias. La apertura al “ser” de la realidad social de la vida, producida en la dimensión sociológica, se contempla aquí con la atención a su “deber ser” de justicia”. (2000, p. 77)

La justicia como valor tiene tres despliegues: valencia, valoración y orientación. La valencia indica el deber ser ideal puro, el valor vale en tanto valor; la valoración es el deber ser aplicado, con lo cual entra en contacto con el material estimativo, es decir, con el reparto razonado, desprendiéndose así diferentes criterios orientadores de valor (Ciuro Caldani, 2006, pp. 150 y ss.), que se desarrollan a partir de los fraccionamientos y desfraccionamientos que exige la función pantónoma de la justicia (pan=todo, nomos=ley que gobierna) Goldschmidt, 1987, pp. 391 y ss.), ya que “(...) el auténtico objeto de valoración de la justicia no es un caso real o irreal de reparto o de distribución razonado. La justicia recae en rigor sobre la totalidad de todas las adjudicaciones de potencia y de impotencia pasadas, presentes o futuras. He aquí lo que corresponde denominar “la función pantónoma” (de pan=todo; y nomos=ley que gobierna) (Goldschmidt, 1987, p. 391).

Sin embargo, como el despliegue de la función pantónoma es inaccesible para la persona humana, se desarrolla la teoría del fraccionamiento, que da una mayor seguridad jurídica, y del desfraccionamiento en aras de amplificar los escenarios de justicia, comprendiendo en su devenir la constante dialéctica de la complementariedad en aras de la realización del valor humanidad; “la pantonomía muestra a la justicia como una referencia compleja. De esto surge que suele requerir la integración de diversos caminos de justicia, incluso dentro de una misma línea de clasificación” (Ciuro Caldani, 2007, p. 29).

Ahora bien, “al hilo de las diversas valoraciones, los hombres llegamos a inducir criterios generales de valor” (Goldschmidt, 1987, p. 398). El criterio orientador por excelencia es el “principio Supremo de la Justicia que consiste en que se asegura a cada cual la esfera de libertad necesaria para que se transforme de un individuo en una persona, en otras palabras: para que se personalice” (Goldschmidt, 1987, p. 399).

Subraya Ciuro Caldani (2000) que “para mejorar las valoraciones es posible emplear el método de las variaciones, que en este caso consiste en cambiar imaginariamente el caso para apreciar cuáles son las razones por las que se sostiene la justicia o injusticia de una respuesta” (2000, p. 79).

Así pues, al utilizar este método se puede contemplar que los criterios que emanan de una valoración no son absolutos sino relativos a cada situación fáctica concreta. El método de las variaciones nos conduce a reflexionar sobre los posibles fraccionamientos y desfraccionamientos que se suscitan en el devenir del proceso de toma de decisiones terapéuticas, visibilizándose la variabilidad en los criterios de valor no solo en el acontecer temporal sino también ante la complejidad y diversidad de escenarios fácticos que se pueden suscitar.

Para “(...) el trialismo, lo justo no es necesariamente universal ni eterno, sino que ha de establecerse respecto de cada situación. Un reaseguro metodológico ante la crisis de las reglas generales de justicia es la atención a la justicia del caso concreto, es decir la equidad” (Ciuro Caldani, 2000, p. 80).

No podemos considerar a la justicia desde una perspectiva estática, sino que su comprensión exige concebirla desde la dinámica que visibiliza su complejidad, ya que “(...) por ser un valor, la justicia exige que el ‘ser’ en sentido estricto llegue a satisfacer el ‘deber ser’. Tiene en consecuencia un sentido dinámico, que en su caso se acentúa porque no es (como la belleza, por ejemplo), un valor ‘de resultado’, sino un valor que incluye también su desenvolvimiento” (Ciuro Caldani, 1987, p. 715).

De allí que, para la comprensión dinámica de la justicia, se deben contemplar la *justicia de partida, de trámite y de llegada* (Ciuro Caldani, 1987, p. 715). Entonces,

(...) lo justo ha de descubrirse reconociendo cómo debe resolverse el caso según su realidad actual (en su situación de partida) y cuál ha de ser el resultado de la solución con miras a un mundo mejor (en su situación de llegada). A estas perspectivas dinámicas por la referencia cabe agregar la perspectiva de la justicia de trámite, en la que la dinámica está en la manera de establecerse lo que se ha de hacer. (Ciuro Caldani, 1987, p. 716)

Desde esta construcción dinámica de la justicia que nos enseña Ciuro Caldani hay que contemplar la complementariedad que existe entre los enfoques sincrónicos y diacrónicos de la justicia, visibilizándose la ponderación existente sobre la perspectiva diacrónica que contempla la partida, el trámite y la llegada (1987, p. 716 y 721).

Por ende, continuando el hilo conductor delineado por el mencionado autor, entendemos que el principio supremo de justicia exige que cada individuo goce de la esfera de libertad necesaria para desarrollar su personalidad, siendo ineludible la consideración de la perspectiva diacrónica de la partida, el trámite y la llegada (1987, pp. 716 y 721).

II. Reflexiones sobre la axiosofía dikelógica

Hemos indicado que el principio supremo de justicia “consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir de ‘personalizarse’” (Goldschmidt, 1987, p. 417). La justicia no emite dictamen sobre cómo un individuo se convierte en persona. A este efecto intervienen otros valores, como la santidad, la belleza, la salud, la utilidad, etc.

Dentro de este marco teórico se observa la influencia que ha tenido en la construcción teórica de la persona, la libertad y en consecuencia en el criterio general orientador de justicia la filosofía desarrollada por Kant. En tal sentido, se observa que “La libertad es entendida por Kant no solo negativamente, como ausencia de impedimentos (internos o externos), sino también en un sentido positivo, como autonomía o autodeterminación y afirmación del valor absoluto de la persona” (Truyol y Serra, 1995, p. 399).

De allí que la libertad, en la concepción de Kant, consiste en un quehacer que ha de realizar cada persona; “quehacer” que no consiste en una realización caprichosa, sino que, por el contrario, debe sujetarse a la ley moral. En la filosofía kantiana

(...) la libertad es el único derecho innato. La libertad —independencia con respecto al arbitrio constriñente de otro— en cuanto puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este único derecho originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. Este derecho lleva en sí todos los demás, y en primer término la igualdad, por virtud de la cual no podemos ser obligados a más de lo que podemos recíprocamente obligarles también. Ello explica que Kant vea la esencia de la justicia en la libertad. Una acción es justa si directamente o por medio de su máxima la libertad de

arbitrio de cada uno puede coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal. (Truyol y Serra, 1995, p. 399)

Recordamos a Valls (2011) quien nos hace reflexionar al interpelarnos

(...) ¿quién no sostiene hoy como primero y primordial el derecho a la libertad, aunque no todos tengamos tan claras las obligaciones que ese derecho comporta? En cualquier caso, lo fundamental a partir de ahora es que la libertad no es una característica entre otras de nuestro psiquismo. No puede ni debe ser limitada por algo que no sea ella misma y esta misma limitación, cuando sea necesario asumirla, no habrá de significar merma del impulso en que ella consiste porque lo primero que la libertad quiere y no puede dejar de querer es la libertad misma. Es así porque es nosotros mismos. (p. 19)

Kant asume la libertad (la independencia con respecto a la voluntad constrictiva de otro) en la medida en que pueda coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único y originario que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. (Valls, 2011, p. 20)

En cuanto al imperativo categórico, se deduce que este no tendría sentido si el hombre no contará con un marco de libertad en su obrar, lo cual se manifiesta en la fórmula “puedes, porque debes”. Asimismo, destaca que la característica racional de la persona humana se traduce en su imperativo “obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca meramente como un medio” (Truyol y Serra, 1995, p. 395).

Acorde al principio de justicia, se analiza tanto la justicia del reparto aislado y de la norma aislada, como del orden de repartos y del ordenamiento normativo. De aquí se desprende que la adjudicación aisladamente considerada no debe cercenar la órbita de libertad necesaria para el desarrollo de la personalidad, en tanto el régimen no debe organizarse de modo tal que dificulte o prive a los gobernados de la esfera de libertad amplia para su desenvolvimiento y consecuente personalización.

Analizando la justicia del reparto aislado, recordamos que el reparto es toda adjudicación de potencia o impotencia, en el que se observan la presencia de sujetos (repartidores o beneficiarios), objeto (potencia o impotencia), forma (negociación —simple adhesión o proceso— mera imposición) y razones (móviles, alegadas y sociales).

Reflexionando sobre la legitimidad desde la perspectiva dikelógica de cada uno de estos elementos del reparto, cabe destacar en primer término, que según la metodología jurídica trialista, los repartidores son interesados o poderosos, según se trate de un reparto autónomo o autoritario.

En el reparto autónomo los repartidores son interesados, ya que se caracterizan por tener un interés inmediato en dicha adjudicación. La legitimación o justificación de los mismos se centra en la autonomía que se exhibe en el acuerdo y en su participación en el reparto. Estas dos características del reparto autónomo, nos hacen presumir la ausencia de todo tipo de coacción, considerándose por tal motivo que no cercena la esfera de libertad de los protagonistas del mismo. La legitimidad de los repartidores no implica la justificación del reparto en su totalidad, no obstante, la justificación de sus protagonistas encarna un indicio de justicia, debiéndose contemplar y analizar la legitimidad de los restantes elementos del reparto, abordándose de una manera holística a cada adjudicación.

Ahora bien, no todas las adjudicaciones que contemplamos en el mundo se realizan con motivo de un acuerdo, sino que, por el contrario, se advierten innumerables adjudicaciones que lleva a cabo el repartidor sin tener en cuenta la conformidad o disconformidad del beneficiario, realizándose, en tal caso, repartos autoritarios. Del mismo modo, se observa que, ante la ruptura del acuerdo, adjudicaciones que se fundamentaban en el consenso y coincidencia de voluntades de los protagonistas del reparto, se transforman en repartos autoritarios.

Todo reparto autoritario implica la intervención o injerencia en la esfera de libertad de los beneficiarios. Por ello, ante la valoración de los dos tipos de repartos, autónomos y autoritarios, son preferibles, en principio, desde la perspectiva dikelógica, los autónomos, por basarse en el acuerdo de sus protagonistas. Por ello, se considera que este tipo de adjudicación autoritaria “cuesta” una injusticia respecto de los beneficiarios; no obstante, esto no acarrea la injusticia de la totalidad del reparto, ya que esta injerencia o intervención puede estar legitimada si resulta imprescindible o necesaria para el desarrollo de la personalidad de los destinatarios (paternalismo justificado) o bien en procura de un bien mayor. Recordemos, a título de ejemplo, la vacunación obligatoria dentro del plan de vacunación nacional, donde la intervención se justificano solo por cuestiones de salud y seguridad de cada persona, sino también en el bienestar general, procurándose una proporcionalidad en la ponderación de derechos e intereses en juego.

Los repartidores poderosos encuentran su legitimidad en términos de justicia al momento de repartir, en la idoneidad o conocimiento o bien en la mayor cercanía que tengan respecto de la autonomía. Dentro de los repartidores poderosos, cabe mencionar a los “aristocráticos”, llamados así por el saber específico que

poseen respecto de una determinada área del conocimiento en relación con los beneficiarios.

Goldschmidt estima que los aristocráticos son aun superiores —en cuanto a su justificación— a los interesados, legitimándose por su superioridad moral, científica o técnica (Ciuro Caldani, 2000, p. 85). Creemos que esta reflexión responde al contexto cultural de la época, permitiéndonos disentir en razón de que estimamos que el repartidor interesado tiene mayor legitimidad para repartir sobre su propia realidad existencial y biográfica. En tal sentido, analizando el devenir del encuentro clínico se puede advertir la fuerte presencia de repartidores aristocráticos, visibilizándose la preminencia del principio de beneficencia. Las transformaciones culturales inciden en el encuentro clínico resignificándolo en su conjunto, interpelando los roles tradicionales para dar paso a una nueva visión cuyo eje es la autonomía de la voluntad del paciente, conforme se desprende hoy del marco normativo.

Continuando con los repartidores poderosos, se distinguen diferentes supuestos, según se acerquen más o menos a la autonomía, es decir, que cuando existe una autonomía imperfecta se advierte la existencia de

(...) repartidores paraautónomos (*v.gr.* los árbitros), apoyados en el consenso de todos los interesados en que sean ellos quienes repartan, aunque luego lo hagan autoritariamente; los repartidores infraautónomos (democráticos) fundados en el apoyo de una mayoría, e incluso se ha agregado la consideración de los repartidores criptoautónomos (por *ej.* La gestión de negocios) que contarían con el acuerdo de los interesados en caso de que éstos supieran de su adjudicación. Los repartidores que carecen de todo título de legitimidad son antiautónomos o dikelógicamente *de facto*. (Ciuro Caldani, 2000, p. 85)

En cuanto a los beneficiarios, recordamos que pueden ser tanto personas humanas como entes para personales. Respecto de estos, el principio supremo de justicia sufre una modificación consistente en dar al ente el espacio disponible para poder desarrollar su manera de ser específica.

Como nos indica Ciuro Caldani, uno de los dilemas más complejos que ha de resolver el Derecho se encuentra en los títulos para recibir lo que se adjudica (2020, p. 15). Respecto de las personas como beneficiarias, se observa que “la evolución del trialismo ha permitido reconocer en los beneficiarios merecimientos originados en la naturaleza, y méritos, basados en el propio comportamiento. Asimismo se diferencian los títulos de necesidad y de calidad” (2020, p. 15). La justicia de los beneficiarios se apoya en la conducta —mérito— y en las necesidades —merecimiento— (Ciuro Caldani, 2020, p. 151).

En cuanto al objeto del reparto, recordamos la distinción existente entre objeto repartible, es decir, si de hecho es repartible (ubicándolo en la dimensión sociológica) y objeto repartidero, en cuanto a si es digno o no de ser repartido (dimensión dikelógica). Por ende, ante la posibilidad de que un objeto sea repartible, nos corresponderá determinar si es digno de ser repartido, desprendiéndose interrogantes en torno a si es digno de ser repartida la vida, la libertad, el trabajo, el pasado. Diferentes dilemas emergen en el acontecer y devenir de la construcción de vida, que suscitan respuestas diversas en el devenir temporal y espacial, visibilizándose la variabilidad en las mismas en razón de los diferentes contornos culturales, idiosincrasias e historias que cada realidad narra.

La forma del reparto, es decir, el camino que se seguirá para realizarlo, también plantea interrogantes en torno a cuál o cuáles pueden ser las que presenten mayor legitimidad en tanto cercenen menos la esfera de libertad de los protagonistas o beneficiarios de la adjudicación. En el reparto autónomo será la negociación y no la simple adhesión la forma que, de mayor alcance a la autonomía, en tanto que, en los supuestos de repartos autoritarios, la forma más legítima es el proceso y no la mera imposición, asegurándose así la existencia de audiencia y escucha de cada interesado.

Luego de esta síntesis sobre la justicia del reparto aislado, nos abocaremos a analizar la justicia del orden de repartos, o como a veces se suele decir, del régimen. Este principio de justicia, en su forma colectiva, consiste en organizar la agrupación o sociedad de tal manera que cada uno disponga de una esfera de libertad amplia para poder desarrollar su personalidad, requiriéndose para satisfacer estas exigencias de justicia que el régimen sea humanista; “el liberalismo entiende que todos los hombres deben ser reconocidos como únicos, iguales e integrantes de una comunidad e indica que el régimen debe servir a estos caracteres a través del liberalismo político, la democracia y la *res publica* (cosa común)” (Ciuro Caldani, 2000, p. 89).

Por ende, en el principio supremo de justicia se observa la presencia del humanismo y del liberalismo,

En efecto, el humanismo exige del ser humano que salga de su estado de *imbecillitas* (Pufendorf) y que utilice su vida para realizar en su curso sus talentos (...). El liberalismo, por el otro lado, tiene por tema organizar la sociedad cercenando dentro de lo posible el poder del gobernante y de ampliar las facultades del gobernado, empleando como medios para este fin, por ejemplo, la división de poderes y la organización federal del país (...). La unión entre humanismo y liberalismo consiste en que el humanismo es sólo alcanzable para el individuo, si éste es un gobernado dentro de una sociedad liberal. El liberalismo a

su vez es sólo justificado si tiene por fin el humanismo de los individuos. (Goldschmidt, 1984, p. 19)

En el principio de justicia se observa también un elemento democrático, en el sentido de que este principio reclama libertad para todos los seres humanos, tratándolos en pie de igualdad, de modo tal que se considere a las personas iguales en sus derechos a la personalización. Además, advierte la presencia de otro elemento fundamental como es la tolerancia, en el sentido de que la personalización no solo requiere un ámbito de libertad para que cada cual se desarrolle, sino que también es menester que cada ser humano respete la personalización del otro sin entorpecerla.

De ahí que el principio supremo de justicia constituye una síntesis entre el humanismo, el liberalismo, la democracia y la tolerancia (Goldschmidt, 1984, p. 20). Continuando el marco teórico trialista, se vislumbra que el humanismo exige de cada ser humano que emplee su vida desarrollando sus facultades valiosas, afirmándose que la meta o fin del humanismo es el desarrollo de la personalidad y de sus diversos despliegues. Este desarrollo es múltiple, pudiendo ser dirigido por terceros o encauzado por el mismo sujeto. Estas aristas nos introducen en diferentes despliegues del humanismo, tales como el intervencionismo paternalista, que justifica la intromisión en la protección de la persona por la inmadurez de la misma, o un humanismo abstencionista, cuando el proceso de personalización es dirigido y elegido por la propia persona, protagonista activa de su biografía, en razón de contar con suficiente autonomía y competencia.

La relación entre estos dos extremos encuentra su punto de equilibrio y razonabilidad en la realidad de la persona y en el respeto de los múltiples criterios de personalización. La intervención es legítima o razonable en tanto su destinatario sea incompetente para escoger su propio sendero de personalización, desprendiéndose la necesidad de protección como criterio tuitivo, ya que de lo contrario expondríamos a la persona a situaciones de desamparo.

Ahora bien, ante contextos de competencia y autonomía, consideramos que el humanismo abstencionista debe ser preferido, encontrando su legitimación en la propia elección del sujeto. Si bien la noción de libertad y autonomía son construcciones, y de alguna manera estas nociones son construidas en relación con el entorno, creemos que aún ante estas posibles limitaciones o relatividades, es preferible que el propio sujeto elija, por ello, creemos clave que el régimen asegure esferas de personalización. Se desprende, así, que estas dos manifestaciones tienen como fin a la persona, materializándose las diferentes aristas de un paternalismo justificado o un humanismo abstencionista en atención de la persona y su desarrollo, asegurándose criterios de igualdad y unicidad. “El humanismo abstencionista comprende así dos ideas, la de igualdad y la de unicidad de cada hombre.

Por ser los hombres iguales, cada uno tiene derecho a su zona de libertad; por ser cada hombre único a causa de su libertad, sólo él mismo debe resolver sobre su propio destino” (Goldschmidt, 1987, p. 441).

Para que el humanismo se lleve a cabo, es imprescindible la existencia del liberalismo político, que intenta impedir que el gobierno invada las zonas de libertad de los gobernados. El liberalismo político diseña una modalidad de gobierno que respete y no interfiera en las zonas de libertad de los individuos, requiriéndose de medidas positivas para asegurar estas aristas (división de poderes y federalismo, división del poder en sentido vertical y horizontal). El liberalismo también puede ser abstencionista (no interviene en la zona de libertad individual) o intervencionista (en los supuestos en que, si bien respeta la zona de libertad individual, interviene para que los otros individuos también la respeten). La democracia contesta a la cuestión acerca de quiénes deben gobernar.

En este sentido, es interesante destacar que es propio de la democracia la característica de que el pueblo participa en la formación de la voluntad política de la comunidad. Se observa que la democracia descansa en la igualdad, igualdad con respecto al destino común de los ciudadanos (igualdad en la participación de la cosa pública e igualdad de oportunidades).

Reflexionar sobre el principio supremo de justicia nos hace pensar en los alcances de la libertad para el desarrollo de la personalidad, introduciéndonos así en los despliegues del consentimiento informado como exteriorización y materialización de la autonomía de la voluntad. Al reflexionar sobre ella, pretendemos acercarnos a una noción que se construya desde la narrativa de lo fáctico y no como mera ilusión o utopía. Por ello, reflexionar sobre la autonomía como un quehacer, nos introduce en la reflexión sobre los posibles escenarios de vulnerabilidad, observándose que el entorno puede coadyuvar a amplificar los escenarios de libertad o por el contrario a limitarlos.

Consideramos que analizar los despliegues del desarrollo de la personalidad nos insta a tener una mirada atenta, más allá de las percepciones y construcciones subjetivas, visibilizándose una diversidad de capas de vulnerabilidad (Luna, 2008) que pueden confluir al analizar los escenarios de autonomía y la dinámica de la misma en relación con el entorno y al devenir temporal.

(...) se hace necesario recordar que numerosos aspectos de la vida de la persona vienen condicionados por circunstancias que no están sujetas a decisión ni a revisión personal. Circunstancias, como las características físicas del sujeto (sexo, color de piel, etnia, etc.), que no solo quedan fuera del ámbito de revisión sino que conforman un marco de referencia que puede condicionar de manera importante el conteni-

do de las decisiones personales y del que difícilmente pueda el sujeto autónomo independizarse. Como apunta John Christman, dichas circunstancias van acompañadas de “significados sociales” sobre los que en algunos casos no resulta fácil intervenir. Todo esto debe ser tomado en cuenta para evaluar la verdadera extensión de la independencia y del campo de decisión del agente. (Álvarez, 2018, p. 17)

Estas reflexiones nos conducen a un análisis de la autonomía desde una perspectiva más real que nos introduce en el concepto de autonomía relacional y situada, visibilizándose su relatividad en función de la persona y de su contexto, de modo tal que

(...) esto hace que sea tan difícil afirmar de alguien que no tiene, en absoluto, autonomía, como afirmar que tiene una autonomía máxima. Tener más o menos autonomía depende de una serie de factores, de condiciones internas y externas al sujeto. Entre las condiciones internas la literatura clásica sobre la autonomía ha destacado la racionalidad. Esta condición, netamente kantiana en su formulación originaria, ha sido enriquecida por posteriores desarrollos relativos a las posibilidades de la acción racional, en la medida en que va precedida de un proceso de singularización de los deseos o preferencias, seguido de otro proceso de jerarquización de las mismas. Esta compleja tarea que cada sujeto realiza comprometiendo su capacidad de reflexión comporta evaluar, calibrar, sopesar y finalmente asignar un orden de prioridades; orden que, a su vez, responderá a pautas que revelan la disposición moral y emocional del sujeto. (Álvarez, 2018, p. 16)

Continuando nuestra reflexión, nos corresponde abordar el cuarto elemento, que implica que el desarrollo de cada persona no sea obstaculizado o limitado por el resto de las personas, presentándose así la tolerancia. “La tolerancia en sentido objetivo es la admisión por un grupo de una pluralidad de doctrinas y conductas diversas sobre el mismo tema dentro de su seno. La tolerancia en sentido subjetivo, o sea como virtud, es la admisión por un individuo de doctrinas y conductas de otros que no aprueba” (Goldschmidt, 1984, p. 36).

No obstante, preferimos hablar de pluralismo más que de tolerancia, en tanto coincidimos con Valls en que el pluralismo en el que vivimos mantiene una relación esencial con el principio de libertad. El derecho a la diferencia hace valioso el pluralismo y lo libera de la odiosa petición de tolerancia a favor de él. Coincidimos con el profesor en que se “tolera” el mal inevitable, en cambio, el bien no se tolera porque se quiere positivamente y se respeta automáticamente (Valls, 2011, p. 21).

Por último, se mencionan los medios para la realización del régimen de justicia, destacando que existen medios para la protección del individuo contra los

demás (dado por el régimen contra otros individuo, contra el mismo régimen —a través del fortalecimiento y el debilitamiento del régimen con respecto de los individuos— y protección de una minoría de individuos contra una superioridad); medios para la protección del individuo contra lo demás (contra la miseria, el empleo, contra la vejez, el seguro, etc.) y medios para la protección del individuo contra sí mismo (la imposición de la pena como camino de liberación del temor de la venganza).

En suma, entre humanismo y liberalismo existe una unión estrecha, ya que el humanismo es solo posible dentro de una sociedad liberal y el liberalismo encuentra su justificación si tiene por fin el humanismo de cada persona (Goldschmidt, 1984, pp. 19 y ss.). Además, se requiere de la presencia del elemento democrático, ya que se pretende un ámbito de libertad para todo ser humano, tratándolos en un pie de igualdad, concibiéndose a la democracia como un régimen entre ciudadanos iguales en sus derechos a la personalización (Goldschmidt, 1984, p 20). Finalmente, el principio supremo de justicia requiere que cada ser humano admita la personalización ajena sin entorpecerla, es decir, la presencia de la tolerancia recíproca (Goldschmidt, 1984, p. 20).

III. Despliegues dikelógicos del consentimiento informado

Hemos analizado que el consentimiento informado materializa la autonomía de la voluntad (desde una perspectiva relacional y situada), constituyendo uno de los pilares clave del encuentro clínico, trascendiendo el paso de un modelo clínico paternalista a uno centrado en la autonomía de la voluntad del paciente. Esta transformación que se exterioriza en el plano social y normativo responde a una nueva construcción axiológica, donde el principio de respeto por la persona y su esfera de personalización son jerarquizados en aras de la realización de la justicia.

El encuentro clínico actual recobra nuevos alcances ante el tamiz de la ponderación de la autonomía del sujeto, recobrando protagonismo la idea de un régimen sanitario cimentado sobre un equilibrio entre el paternalismo justificado y un humanismo abstencionista. Además, el escenario del COVID-19 visibilizó la trascendencia del principio de justicia, tomando un lugar clave ante la necesidad de reflexionar sobre la distribución de recursos y escases de los mismos, reclamándose de políticas públicas a tales fines. Este principio resulta clave para poder encauzar la autonomía, por ello es vital trascender la noción individualista de autonomía para abordar una perspectiva macro de la misma. El marco teórico de la bioética que podemos sintetizar en los principios de beneficencia y no maleficencia, autonomía y justicia, requieren una complementariedad constante, que permita comprender cada parte dentro de un todo y el todo sin oscurecer las

particularidades, requiriéndose de continuos fraccionamientos y desfraccionamientos en aras de la realización del valor humanidad.

Los matices que materializa la accesibilidad a la justicia comprenden las aristas del consentimiento informado en tanto efectiviza uno de los extremos del derecho de la salud, humanizando el vínculo médico-paciente, priorizándose la autodeterminación de cada persona, de modo tal que se requiere que el Estado organice el régimen a través de medidas positivas que garanticen que cada persona pueda concretar su derecho fundamental a la autodeterminación, limitando, por un lado, la intervención Estatal en las posibles elecciones de los ciudadanos y, por el otro, previendo límites entre los sujetos para que este respeto también se exteriorice entre pares.

El consentimiento informado plasma la autonomía de la voluntad que trasciende como un derecho humano fundamental en tanto y en cuanto contribuye al desarrollo pleno de la personalidad y del derecho de la salud. Esta idea de un Estado presente para garantizar las esferas de libertad o despliegues de desarrollo de la personalidad a través del consentimiento se pone de evidencia en la sentencia de la Corte IDH en el caso “I.V. contra el Estado Plurinacional de Bolivia”, al condenarse a este Estado por ser responsable internacional ante la esterilización forzosa —no consentida— a la que fue sometida la señora I.V. en un hospital público el 1º de julio de 2000, vulnerándose la importancia del consentimiento informado, previo, pleno y libre.

Asimismo, al reflexionar sobre los medios de protección del régimen, se pueden contemplar tanto la protección respecto de los demás como del mismo régimen, al preverse con la sanción de la ley 26.529 la consagración de los derechos del paciente, reconociéndose la autonomía de la voluntad como un pilar central del encuentro clínico y enfatizándose sobre la regulación del consentimiento informado, priorizando a los repartidores interesados por sobre los aristocráticos.

La esfera de libertad para el desarrollo de la personalidad a través de la autodeterminación y decisión autónoma encuentra su materialización a través del consentimiento informado, siendo el encuentro clínico un proceso bidireccional entre médico y paciente, observándose que cada decisión se desarrolla en un devenir con diferentes fases, requiriéndose en cada una de estas etapas un apropiado *feedback* entre quien emite la información y quien la recibe, a fin de garantizar de la mejor manera posible que el mensaje sea susceptible de ser procesado y comprendido.

Desde esta concepción del encuentro clínico, estimamos que dentro de las incumbencias y responsabilidades de cada profesional de la salud se encuentra la de iniciar este proceso informativo (Buisan Espeleta, 2009, p. 210). Los medios de

protección se amplifican con la modificación de la ley de derechos en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en el año 2012 con la sanción de la ley 26.742 que posibilita el rechazo de tratamientos propiciando los extremos de la muerte digna. Además, desde una mirada sistémica, esta normativa debe ser integrada con el Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.), que en su artículo 59 prevé la regulación del consentimiento informado para actos médicos y de investigación en materia de salud. Asimismo, debe realizarse el cruce con el artículo 26 del CCiv. y Com. que regula los diferentes niveles de actuación de los niños y adolescentes en el ámbito médico.

Dentro del actual complejo normativo, el CCiv. y Com. se integra con la ley 26.529, a través de los artículos 58, 59 y 60, regulando el núcleo duro del derecho de la salud, desprendiéndose como criterio hermenéutico de interpretación que ante posibles incompatibilidades en las respuestas normativas, hay que ponderar la interpretación más protectora de los derechos en juego, priorizándose el principio *pro homine* o *pro persona* (Lamm, 2015, p. 143).

El consentimiento es la declaración de voluntad del paciente, luego de recibir una información suficiente, clara, veraz y comprensible sobre su estado de salud, diagnóstico y pronóstico respectivo. Por ende, el consentimiento consiste en la aceptación o rechazo de un determinado procedimiento terapéutico, luego de recibir una información clara y comprensible respecto de la enfermedad o padecimiento y de su respectivo tratamiento.

La finalidad del consentimiento es que la persona sea protagonista, implicándose en el proceso de toma de decisión terapéutica, de modo tal que, a partir del conocimiento obtenido mediante una información sanitaria adecuada, pueda decidir conforme a su proyecto de vida y su entorno. Por ello, es clave que el consentimiento se de en un escenario de libertad, competencia e información suficiente (Lamm, 2015, p. 143). El consentimiento puede materializar tanto la aceptación como el rechazo de un determinado tratamiento, visibilizándose la transformación sustancial que ha realizado la ley 26.742 al permitir el rechazo de aquellas terapias que prolonguen situaciones de medicalización ante diagnósticos irreversibles o incurables, captándose así la posibilidad de muerte digna.

Asimismo, el marco normativo pretende formular un criterio de equilibrio entre los diversos intereses o bienes existentes, previéndose de manera excepcional, ante determinadas situaciones extremas, que se exima al profesional de solicitar el consentimiento del paciente. Entonces, cuando media un grave peligro para la salud pública, o cuando fuera una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales, el profesional podrá actuar aún sin el consentimiento

informado del paciente o su representante. El decreto reglamentario indica que el grave peligro para la Salud Pública deberá estar declarado por la autoridad sanitaria correspondiente y su justificación deberá recaer en criterios de razonabilidad médica.

Ahora bien, dentro de los medios de protección de régimen contra sí mismo, se prevé que, ante escenarios de incompetencia, el consentimiento sea prestado por un tercero, ya que ante la imposibilidad de que la propia persona efective el consentimiento urge su sustitución de manera excepcional. De la interpretación de la norma se desprende que, además de que la persona esté absolutamente imposibilitada de consentir, debe mediar una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud, debe tratarse de una situación que exija una decisión que no puede esperar, so pena de ocasionar un mal grave en la vida o salud del paciente (Lamm, 2015, p. 146). La Corte IDH, en el caso “Poblete Vilches y otros *vs.* Chile”, del 8 de mayo de 2018, ha precisado que

(...) el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley. Sin embargo, cualquier limitación en la toma de decisiones tiene que tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente, y su condición actual para brindar el consentimiento. Esta Corte considera que entre los elementos necesarios para otorgar el consentimiento informado por parte de sus familiares, este también debe de ser previo, libre, pleno e informado, a menos que se trate de una situación de emergencia, en donde la Corte ya ha reconocido que existen excepciones donde es posible que el personal de salud actúe sin la exigencia del consentimiento, en casos en los que éste no pueda ser brindado por la persona y que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente. (parág. 166)

Entonces, si la persona no puede prestar su consentimiento, no existen directivas anticipadas y se está ante un escenario excepcional en donde no exista persona que pueda brindar el consentimiento por representación, el médico podrá proceder sin que medie consentimiento, siempre que su actuación sea urgente y tenga por objeto evitar un mal grave al paciente (Lamm, 2015, p. 146).

Claro que este consentimiento por representación solo se aplicará para el encuentro clínico en donde se requiera una atención médica, excluyéndose del ámbito de investigación en seres humanos, conforme, además, expresa el artículo 58

que requiere el consentimiento expreso y personal de la propia persona. Conteste con este criterio, el artículo 59 agudiza el marco de protección al indicar que ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite (Lamm, 2015, p. 145).

Finalmente, observamos que dentro del régimen y de los medios de protección se prevén los actos de auto protección o directivas anticipadas, mediante los cuales se anticipa el consentimiento informado para eventuales escenarios de incompetencia, constituyendo una proyección del consentimiento informado y de la facultad de autodeterminación decisoria en el tiempo. Se encauza una autonomía prospectiva, proyectada hacia el porvenir.

IV. Reflexiones finales

Los despliegues del consentimiento informado nos introducen en la complejidad que denota la noción de autonomía de la voluntad. Su análisis requiere profundizar sobre las perspectivas de merecimientos y méritos, ya que exteriorizan aristas diversas de la dinámica de la vulnerabilidad y la autonomía, de modo tal que al momento de proyectar los medios de protección del régimen se procure una proporcionalidad entre el paternalismo justificado y un humanismo abstencionista.

V. Referencias

Álvarez Medina, S. (2018). *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Buisan Espeleta, L. (2009). Consentimiento. En M. Casado, *Sobre la Dignidad y los Principios —Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco—*. Civitas.

Ciuro Caldani, M. A. (2020). *Una teoría trialista del derecho. Comprensión ius-filosofica del mundo jurídico*. 2ª ed. Astrea.

Ciuro Caldani, M. A. (2000). *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*. Fundación para las investigaciones jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (2006). Ubicación de la justicia en el mundo del valor (El asalto del valor justicia). *Investigación y Docencia* (Nº 39). Fundación para las Investigaciones Jurídicas y Sociales.

Ciuro Caldani, M. A. (2007). *Metodología Dikelógica*. 2ª ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario.

Ciuro Caldani, M. Á. (1987). Hacia una comprensión dinámica de la Justicia (Justicia y Progreso). *ED* (pp. 123-715).

Ciuro Caldani, M. A. (2020). *Méritos y merecimientos. Filosofía de los títulos en el mundo jurídico y otros estudios*. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Rosario, FDER edita.

Goldschmidt, W. (1987). *Introducción Filosófica al Derecho*. Buenos Aires. 6ª ed. Quinta reimpresión. Depalma.

Goldschmidt, W. (1984). *El Principio de Supremo de Justicia*. Editorial de Belgrano.

Lamm, E. (2015). Comentario del artículo 58. En M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Infojus.

Luna, F. (2008). *Vulnerabilidad: la metáfora de las capas*. https://www.fbioyf.unr.edu.ar/evirtual/pluginfile.php/9572/mod_page/content/17/3.1.%20Luna%2C%20F.%20%282008%29%20Vulnerabilidad.%20La%20metafora%20de%20las%20capas.pdf

Truyol y Serra, A. (1995). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*. Editorial Alianza. Cuarta Edición.

Valls, R. (2011). Ética para la bioética. *Revista de Bioética y Derecho* (Nº 23). Universitat de Barcelona. <https://www.redalyc.org/pdf/783/78339725005.pdf>

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 08/10/2014.

Decreto reglamentario 1089/2012. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/07/2012.

Ley 26.529. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/11/2009.

Ley 26.742. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 24/05/2012.

Jurisprudencia

Corte IDH en el caso Poblete Vilches y otros *vs.* Chile, del 8 de mayo de 2018.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

Corte IDH, 20/11/2016, “I.V. *vs.* Bolivia”. http://http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Fecha de recepción: 09-01-2023

Fecha de aceptación: 21-09-2023